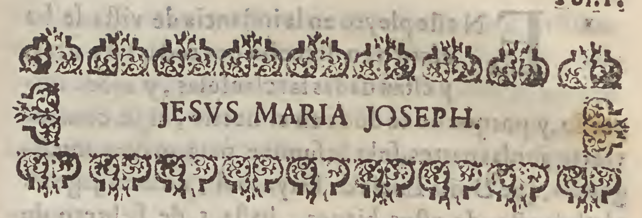


POR

DON GERONIMO DE IBAIÇABAL PONÇE DE LEON, vezino, y Regidor perpetuo de la Ciudad de Logroño, num. 12.

EN RESPUESTA

DE LOS INFORMES EN DErecho, escritos por Don Diego Ponçe de Leon, num. 14. Y por Don Alonso Ponçe de Leon, su hermano, num. 15. ambos vezinos de la dicha Ciudad de Logroño.

SOBRE

LA SUCCESSION EN PROPIEDAD DEL mayorazgo que fundaron Iuan de Ibayzabal, y Doña Ana Fernandez Pablo, su muger, los de el numer. 1.

1 EN este pleyto en la instancia de vista se ha escrito en derecho por todas las partes, y estàn dadas las claususlas, y arbol impresso, y porque no se duda en el hecho, ni se controvierte por las partes, solo se supone para mayor inteligencia, que Doña Lucia de Ibayzabal, numer. 4. gozò el vsufructo de estos bienes, hasta 5. de Febrero de 1674. en que falleciò aviendo sobrevivido à todos sus hijos.

2 Porque Don Juan Ponçe de Leon, num. 8. primero llamado falleciò en 23. de Diziembre de 1645. y Don Pedro, num. 7. segundo llamado en tres de Abril de 1655. y Don Diego Ponçe, num. 10. tercero llamado en 26. de Enero de 1662.

3 Tambien resulta, que Don Geronimo, numer. 12. naciò en 30. de Setiembre de 1643. y Don Diego, numer. 14. que litiga, en 19. de Diziembre de 1653. y Don Alonso, num. 15. en 13. de Setiembre de 1654.

4 Assimismo es constante, que al tiempo que hizo la fundacion Doña Ana Fernandez Pablo, numer. 1. avia yà fallecido Don Diego Ponçe de Leon, num. 3. primero marido de Doña Lucia de Ibayzabal, num. 4. y assi resulta de la misma fundacion del testimonio que se ha presentado en el Acuerdo General, despues de la revista, y llamamientos, y de los autos de possession que se dieron à favor de Doña Lucia, como se expressarà en su lugar.

5 Esto supuesto para la pretension que tiene Don Geronimo, de que se ha de revocar la sentencia de vista, en que declarò tocar, y pertenecer la succession de este mayorazgo al dicho D. Alonso Ponçe de Leon, y que se le absuelva de las demandas que se le han puesto por ambos hermanos, se dividirà este papel en dos articulos: En el primero, se anotarà lo que pareciere conviene à la defensa de Don Geronimo, sirviendo de

adic

adicion à ſu informe: Y en el ſegundo, ſe darà ſatisfaccion à los de Don Diego, y Don Alonſo, esforçando ſu excluſion, procurando ſea con la mayor brevedad, ſiguiendo el conſejo de Seneca, en la Epiſtola 84. *totum comprehendere ſub exiguo*, y el de *Borcolthen conſejo* 31. *quod allegans in cauſis, debet eſſe brebi loquus.*

ARTICVLO PRIMERO.

6 La principal diſputa, que en eſte pleyto ſe ha queſtionado ha ſido ſobre à que diſpoſicion ſe ha de atender, ſi à la de Juan de Ibayzabal, ò ſolo à la de Doña Ana Fernandez Pablo, ſu muger, los del num. 1. por ſer entre ſi opueſtas. Y ſiendo eſta la primera vaſa en que todas las partes han de fundar ſus pretenſiones, por ſer la regla que ha de nivelar la ſuccesſion, *vt fundatum manet in noſtra allegat. num.* 18. es preciſo hazer demonſtracion, como por lo que mira à el caſo, y queſtiō preſente, ſe ha de eſtàr à vna, y à otra, y que por lo que ſon conformes por ambas ſe fundò vn mayorazgo de ſegundagenitura.

7 Regla es tan aſſentada en derecho, como confeſſada por las partes en ſus informes, *in noſtra allegatione, num.* 23. *& in allegatione, D. Didaci à num.* 10. *& D. Ildephonſi à num.* 20. que el mandatario, ò comiſſario en todo lo que excediere de los limites del poder, nulliter agit, y ſe confieſſa tambien, que en quanto ſe hallare opueſta, ò exceſsiva la diſpoſicion de Doña Ana Fernandez al poder, y diſpoſicion de ſu marido, ſerà nula.

8 No ſe duda por las partes, que la diſpoſicion de Juan de Ibayzabal, num. 1. fue hazer mayorazgo; pero ſe añade por Don Geronimo, que ſu animo, y voluntad fue hazer vn mayorazgo de ſegundagenitura; y ſi ſe acertaſſe à ponderar, y probar eſta circunſtancia,

cia, se inferia por consequencia precisa, que la disposicion de Doña Ana Fernandez Pablo en quanto mirare à mantener la voluntad de su marido, y à que tenga exito este mayorazgo de segundagenitura, serà valida, y legal; pero en quanto à ella se opusiere, serà ineficaz, y de ningun momento.

9 Y porque nunca se pudiesse dudar del mayorazgo que queria fundar Juan de Ibayzabal, vsò de vnas palabras muy claras, compendiosas, y juridicas para explicar su voluntad, que fueron: *Vinculo por via de mayorazgo las casas principales, y la heredad grande de Alverite, y quiero que succeda en ellas EL HIJO SEGVNDO DE MIS HIJAS, quien escogiere la dicha Doña Ana Fernandez, &c.*

10 Y aunque sobre la inteligencia de esta clausula se ha discurrido tan doctamente por los Abogados de todas las partes, sin embargo siguiendo la doctrina de Justin. *in Authentic. de restit. fideicom. collat. 9. §. nos igitur*, ibi: *Subtilius testamentum considerantes, in verbis ipsius invenimus, quæ exornat* D. Castill. *lib. 4. controv. cap. 6. num. 7. & lib. 5. cap. 81. num. 1.* nos parece que legalmente comprehendida, y reparada no puede aver duda alguna, que fue dispositiva de vn mayorazgo de segundagenitura. Y probado esto, tampoco la podrà aver, que Don Geronimo es el legitimo successor, por hallarse solamente con la prerogativa de segundogenito, y concurrir en èl las demàs circunstancias que se previenen en dicha fundacion.

11 Porque es yà tan sin controversia, como doctrina assentada entre los mas graves DD. Regnicolas, y Maestros en materias de mayorazgos, que solo por la palabra *vinculo, ò hago mayorazgo*, se entiende constituida vna succesion perpetua, vt ex D. Roderic. Juar. Gregorio Lopez, Covarr. *& alij quos refert, & sequitur docet* D. Molin. *lib. 1. cap. 3. num. 5. & cap. 4. num. 80.* Mier. *de maiorat, 1. part. quæst. 48. num. 21.* Pa-

ter

ter Molin. *de iust. & iur. tom. 3. disputat. 488. num. 2.* D. Castill. *tom. 2. cap. 22. in princip.* Hermosill. *in leg. 44. tit. 5. part. 5. glos. 5. num.* 15. D. Valençuel. *cons. 69. num.* 7. Barbos. *lib. 2. vot. 72. num. 4.*

12 Y siendo perpetuo de su naturaleza qualquier mayorazgo, lo serà tambien todo quanto fuere accessorio del mismo mayorazgo, *ex vulgari regula iuris in cap. accessorium de reg. iur. in 6. leg. etiam, Cod. de iure dotium, cum vulgat.* Oldrad. *cons. 257. numer. 15.* Mieres *de maioratib. 3. part. quæst. 8. num. 17. & quæst. 5. num. 43.* Y conforme à esta regla tan indubitada, quantos gravamenes, llamamientos, y disposiciones cayeren sobre esta palabra mayorazgo, gozan de la misma naturaleza, y perpetuidad que la principal disposicion, cui adhærent, *vt per text. in leg. in rem 23. §. item qui neque, ff. rei vindic. & leg. vnica, Cod. de privileg. corpor. vrb. dom. lib. 11. tenent communiter DD.* Nicolas Garcia *de Benefic. tom. 2. part. 10. cap. 2. de vnione, numer. 14. in terminis huius disputationis* D. Larr. *decis. 51. num. 10.*

13 Y es tan poderosa la fuerça de la accession, que aunque no se explique, que à lo accessorio se se le dè la misma naturaleza, *vi accessionis*, la goza, *vt ait eleganter* Baldus *cons. 330. lib. 3. num. 2.* ibi: *Quod verba quæ non sunt determinata formaliter, determinantur naturalitèr secundum naturam rei, & contractus, & quod naturaliter inest pro expresso debet haberi quasi ipsa natura loquente.*

14 De estos principios nacen dos consequencias precisas. La primera, que aviendo Juan de Ibayzabal fundado mayorazgo para que succediesse en èl el hijo segundo de vna de sus hijas, no menos fue perpetua su voluntad de que succediesse en èl el hijo segundo, y sus hijos, que lo fue de que fuesse permanente el mayorazgo que fundava. La segunda, que por aver llamado con nombre apelativo al hijo segundo, se induce

aver excluido al hijo mayor de la ſucceſsion deſte mayorazgo haziendole incompatible en ſu perſona, y en ſus deſcendientes; porque en eſte caſo la incompatibilidad es real, y obſta no ſolo à todos los primogenitos, ſino tambien à los que de ellos deſcendieren, còmo lo advirtiò magiſtralmente proponiendolo por regla Rojas *de incompatib.1.part.cap.8.num.34.* ibi: *Cæterum, quod in hac caſus ſpecie ſit realis excluſio primogeniti, & ſuorum decendentium*, tenet D. Ioannes del Caſtill. *lib.5.part.2.cap.178.num.57.*

15 Y aunque no ay neceſsidad de buſcar la razon por que preamò el Fundador à la linea ſegundogenita, que ſon muchas las que conſiderò *Rojas vbi suprà*, no era dificultoſo deſcubrirla en eſta diſpoſicion, porque como eran nietos de hijas, que en la eſtimacion de Derecho ſon *finis, & caput familiæ. Leg. pronuntiatio, §. familiæ de V.S.* & docet D. Lara *de Aniverſ. lib. 1. cap. 5. à num. 90.* contemplò al primogenito mas apto para conſervar el nombre, memoria, y Armas de ſu padre, y à la linea ſegundogenita capaz, y deſembarazada para conſervar ſu memoria. Pero como el teſtador pudo dar ley à ſu diſpoſicion, y la diò con efecto expreſſa, y literal, ſe debe obſervar *ad vnguem*, como lo previene el miſmo Rojas *vbi ſupr. numer.* 31. ex deciſſion. text. *in leg. conditionibus, ff. de condit. & demonſt. Authentic. de nuptijs*, verſic. *Diſponat teſtator, cum vulgatis.*

16 Y por donde ſe convence con mas evidencia el diſcurſo que dexamos hecho, y que Juan de Ibayzabal fundò vn mayorazgo de ſegunda genitura, es de aver vſado en los llamamientos q̃ diò de palabras apelativas, y no propias, *nam conſiderandum eſt diligentèr vtrùm teſtator leget hoc modo relinquo iſtud Epiſco, &c.* vt ait Pontifex *in cap. requiſiti 15. de teſtament.* Porque quando el teſtador llama al mayorazgo à vna perſona por nombre apelativo, ſolo contempla la ra-

razon,y qualidad que conviene aquel nombre, *secus tamen*, si vsa del nombre propio, *textus expressus in cap.quoniam 14.de offic.Iudic.delegat.Leg.licèt Imperator,ff.de legat.1.leg.Titio,& Mævio,§.Iulianus, de legat.2.leg.cum pater,§.ab instituto,ff.eodem,leg. quidam referunt,ff.de iure codicill.*melior textus *in leg.si plures gradus,ff.de legat.3.leg.Calsus,§.quod alicuius, de legat.2.leg.1.§.id quod substitutione 13.ff.ad leg. falcidiam.Ex quibus text.hanc communem perpetuamque regulam deducunt*,& docent Donell. *lib.8.comm. cap.*8.vbi Off.*lit.B.*D.Gregor.Lopez *in leg. 34.tit.9. part.6.gloss.*6.Fachineus *lib.5.controv.cap.*39.Gomez *lib.2.variar.cap.12.num.36.* & ibi Ayllon *qui plures alios congerit.*

17 Y en los terminos de nuestro pleyto, que por llamar al segundogenito, no por nombre propio, sino es por el apelativo de *segundo*, se deba entender mayorazgo de segunda genitura, lo enseña Rojas *de incompatib.1.part.cap.*8.*num.*38.donde asienta cõ infinitos Autores, *tunc maioratum secundæ genituræ cum exclusione reali, & lineali constitutum censeri*, & inferius num.45.ibi: *Ideò, quando vocatio est facta sub hoc nomine appellativo SCVNDO GENITVS, cum cesset singularis afectio, & habitus sit respectus ad qualitatem, gradus, vel lineæ, ex qua voluit institutor, quod inciperet ordo successionis; dicendum est, quod in hoc casu, continuanda est successio in sequentem veluti TERTIO GENITVM*, quem sequitur Aguila *num.29. & plurimi alij relati in 1.nostra allegat. à numer.24.*

18 En el caso presente, es mas evidente; y sin disputa, que Juan de Ibayzabal solo atendiò à la linea segundogenita, y no à otro respecto, ni qualidad; pues este nombre apelativo *de segundo*, no le determinò, y antes bien llamò *incertum de certis, à el hijo segundo de vna de sus hijas, el que su muger eligiesse,*

en

en que explicò bien claramente el qué no atendia tanto à que se hallassen con la prerrogativa de descendientes, como con la de segundogenitos, que era la que deseava, comprehendiendo en esta disposicion igualmente à los nacidos, y por nacer, por no aver en vnos, y otros mas razon de afeccion, y predileccion, que la de segunda genitura, que tanto amò el Fundador, *elegans textus in leg. si cognatis 19. ff. de rebus dubijs, leg. qui filiabus 17. ff. de legat. 1. iuncto textu in leg. nonumquã 24. ad Trebell. leg. ita liber.* 8. §. 1. versic. *Labeo de statu liber. leg. si communis 37. ff. de stipulatione servorum*, Fusar. *de substit. quæst.* 477. Barbos. *de potest. Episcop. 3. part. allegat.* 116.

19 Y este concepto de segunda genitura se debe regular siempre, y perpetuamente con exclusion total de la linea primogenita, porque dizen entre si relacion, y no puede aver lugar, ni llamamiento para el segundo, no suponiendo exclusion del primero. *Quia paria sunt aliquod nominatim exprimi, vel per relativum.* Parisius *cons.* 122. *num.* 3. *lib.* 1. Castrensis *cons.* 81. *in fin. lib.* 1. Conque aviendo dado principio à la succession por la linea segundo genita, siempre se ha de seguir aquel orden, y forma de suceder. Como lo enseña magistralmente D. Castill. *lib.* 5. *controv. cap.* 181. *num.* 34. *quem transcrivit sequiturque* Rojas *loco citato*, num. 38. ibi: *Aut si in eadem dispositione iuri communi derogatum fuerit, prout in terminis ipsius præcipui dubij huiusce capitis, quando scilicèt primogenitus, aut existens in priori gradu exclusus fuit, & SECVNDOGENITVS, vel qui existit in remotiori gradu, vocatus, & prælatus est: tunc namque ex quo in aliquo gradu iam derogatum est iuri communi, & SECVNDOGENITVS, aut remotior præfertur etiam alijs gradibus; repetitio, aut relatio concedenda erit; subsistente eadem ratione, etiamsi derogetur iuri communi excludendo, scilicèt primogenitos,*

tos, aut proximiores, & admitendo secundogenitos, vel remotiores.

20 Tambien se halla assi acreditado por la sentencia de vista en que declarò tocar la succession de este mayorazgo à Don Alonso Ponçe, num. 15. pues no pudiera de ninguna forma aver obtenido en competencia de su hermano Don Diego, num. 14. sino se huviera considerado que se hallava excluido por ser primogenito, y no siendo, como no son nietos del Fundador, sino es viznietos, *y vltrà descendentes*, se infiere averse estimado en aquella decision, que el llamamiẽto que diò Iuan de Ibayzabal à el hijo segundo de sus hijas comprehendiò igualmente à los nietos, y demàs descendientes, *iuxta leg. liberor. ff. de V. S. cum vulgatis*, y que fue real, y lineal, y perpetuo à favor de los hijos segundos, y no personal, y limitado à los hijos segundos de sus hijas.

21 Supuesto pues pro constanti, que fue este el concepto de Juan de Ibayzabal, es sin controversia que Doña Ana Fernandez Pablo su muger, en quanto passò à llamar à Don Pedro Ponçe, num. 7. primogenito, y demàs llamamientos de este tenor, excediò, alterò, y se opuso exdiametro à la voluntad de su marido, passando los limites de el poder que la avia otorgado para hazer los llamamientos, *iuxta textum in leg. diligenter 5. ff. mandat. cum vulgatis*, & DD. quos retulimus *in 1. allegat. num. 23.*

22 Y es tan cierta esta regla, y principio elemental, que aunque por Don Alonso se pondera tanto las clausulas generales que contiene el poder, no pudieron darla mas facultad, que para hazer vnos llamamientos de rigurosa segundo genitura. Porque quando se dà poder especial para vna cosa, y se pone la clausula *cum libera, vel quomodo voluerit*, ò otras semejantes, aunque de suyo parecen vniversales, y indefinidas, se restringen, y limitan à la materia, ò cosa especial pa-

ra que se diò el poder, *textus capitalis, & expressus in cap. qui ad agendum 4. de procurat. in 6. vbi comm. DD. quos congerit. Moez. ad eum.* Y la comissaria nò solo debiò arreglarse à la voluntad expressa, y literal, sino es tambien à la presumpta, y mas verosimil de el Fundador, *vt per textum in leg. creditor 60. §. inter maritum, ff. mandati*, docent Mantic. *de coniect. lib. 7. dict. 15. num. 25.* D. Castill. *lib. 3. controver. cap. 15. numer. 40.*

23 Desuerte, que aunque en el poder que diò Juan de Ibayzabal à su muger, añadiò aquellas clausulas generales: *A la qual doy poder para que haga los llamamientos para la succession de el dicho vinculo, y mayorazgo, gravamenes, y condiciones que quisiere poner.* Solo pudieron obrar en terminos de que llamasse la linea segundogenita de vn hijo de sus hijas, y que en ella pusiesse los gravamenes, y condiciones que quisiesse; pero no de ninguna forma para que excediesse de la norma, y serie de llamamientos que dexaya expressados, postergando à la linea segundogenita, y prefiriendo la primogenita, y en este sentido, y sin violencia se entiende la *Ley 31. de Toro 4. tit. 7. lib. 5. Recopilat.* ibi: *Salvo si el que le diò el poder para hazer testamento, especialmente le diò el poder para hazer alguna cosa de las susodichas*, & inferius: *Y en quãto à las otras cosas señalando para q̃ le dà el poder, y en tal caso el comissario pueda hazer lo que especialmente el que le diò el poder señalò, y mandò, y no mas*, & ita docent comm. ex Hipolito, Socino, Casaneo, Avilès, Peralta, Azeved. Matienço, & alijs. D. Castill. *lib. 4. controvers. cap. 36. ex num. 36.* Noguerol *allegat. 9. à num. 65.* D. Molin. *lib. 1. cap. 4. à num. 23.*

24 Verum enim verò, en el caso presente no le diò poder especial para que fundasse el mayorazgo como quisiesse, sino que aviendole fundado yà Juan de Ibayzabal, la dexò tan solamente la eleccion circunscrip-

cripta, y limitada à el hijo segundo de sus hijas, ibi: *Y quiero que succeda en ellos el hijo segundo de mis hijas, quien escogiere la dicha Doña Ana Fernandez, mi muger.* Y despues prosigue con las clausulas generales, que quedan dichas, que se suelen poner de estilo en qualquiera poder.

25 De estas reglas, y doctrinas resulta con claridad en que partes se conformò Doña Ana Fernandez con la disposicion de su marido, y en las que se opuso, y excediò. Porque en la primera clausula del testamento llamò à Don Iuan Ponçe, num. 8. hijo segundo de Doña Lucia, num. 4. executando en este llamamiēto à la letra el poder de su marido. Y en la segunda clausula se arreglò tambien; porque alli no hizo mas que dàr llamamiento en forma regular à los hijos, y descendientes de Don Iuan Ponçe, num. 8. prefiriendo el mayor al menor, y el varon à la hembra; aunque esta circunstancia era escusada, porque como descendientes inclusos en aquella linea secundogenita venian à estàr tacita, y comprehensivamente llamados para succeder entre si en la forma regular, *y conforme à los mayorazgos de Castilla*, como avia advertido el Fundador, *ut infrà dicemus*, & docet Aguila ad Rojas 1. *part. cap. 8. num. 30.*

26 Pero en la tercera clausula, previrtiendo yà el orden de los llamamientos, y excediendo de el poder que tenia, llamò à Don Pedro Ponçe, numer. 7. su nieto primogenito, postergando à Don Diego, numer. 10. que ocupava el lugar de segundogenito, en falta de Don Iuan, num. 8. su hermano. Y aunque por reconocerlo assi lo quiso enmendar en la misma clausula, llamando despues de Don Pedro al hijo segundo que tuviesse, y à sus descendientes, no satisfizo à la voluntad del Fundador, porque la de este fue el que tomasse principio la succession de vn nieto segundo suyo, y se continuasse en los demàs successores, de-

xando del todo inhabil,è incapaz à Don Pedro , y à su linea,aunque fuessen segundos,y terceros,por ser trãscendental el derecho de la primogenitura à todos los que desciendеn de la linea primogenita,vt docent Gomez,Auendañ.Matienço,& Azeved.*in leg.*40.*Taur. & leg.*5.*&* 14.*tit.*7.*lib.*5.*Recopilat.* D. Molin. *lib.* 3. *cap.*6.*ex num.*1.Rojas 1.*part.cap.* 6. §. 13.*num.* 154. Amato *var.resolut.cap.*1.D.Vela *disertat.* 11. *numer.* 80.Mier.*de maioratib.*2.*part.quæst.illat.*3.*&* 4.

27 Y continuando con su disposicion passò à la clausula 4.y 5.à llamar à Don Diego,num. 10. y à sus hijos,en falta de Don Pedro, y sus descendientes, segun,y en la forma , y manera que avia declarado en los primeros llamamientos.Esta clausula se puede cõcebir en dos casos:el primero,en que previno que viviesse el hijo mayor de Don Pedro , y su linea , y aver faltado Don Pedro,y su hijo segundo ; y sin duda que fue este el caso que concibiò , pues le vino à explicar por la clausula subsiguiente. Y este llamamiento(*sublata de medio vocatione D.Petri filiorumque*)fue muy conforme à la voluntad de su marido , pues el hijo, ò descendiente de Don Pedro mantenia la linea primogenita,y Don Diego,num.10.hazia, y formava la segundogenita,y siendo esta la qualidad que avia de buscar en los llamados,satisfizo,y se circunscriviò à los limites de su poder:Pero si huviera concebido el segundo caso,que despues previno de estàr extinguida totalmente la linea de Don Pedro,num.7. y Don Iuan numer.8. yà se reconoce que Don Diego quedava por primogenito, y consiguientemente excluido , è incapaz de ser llamado.

28 Y assi para quitar dificultades, y explicando mas este concepto en la clusula 5.que es la que decide la controversia deste litigio,concibiendo la especie que llevamos figurada de morir Don Pedro , y Don Iuan sin hijos,ni descendientes legitimos, y que pos

podia llegar el caso de quedar Don Diego por primogenito de la familia de los Ponçes,,como lo demuestrã aquellas palabras,ibi:*Y el dicho nombramiento haze en el dicho Don Diego Ponçe de Leon,con calidad, y condicion,que si por caso succediere el que por muerte de los dichos Don Iuan, y Don Pedro Ponçe de Leon , sus hermanos, y sus descendientes heredare , y succediere en el mayorazgo que dexò,è fundò el Tesorero Leon*(por ser constante,que no podia succeder por otro titulo mas que por quedar primogenito.) *De manera, que à vn tiempo succeda en los dichos dos mayorazgos,que en este caso no succeda en este que aora le ha llamado , y llama; sino que succeda enèl EL HIJO MAYOR VARON QVE TVVIERE LA DICHA DOñA LVCIA DE IBAYZABAL,DE OTRO QVALQVIERA MATRIMONIO, y despues de èl à sus hijos , y descendientes,por la orden, y forma susodicha*, que fue lo mismo que dezir succeda DonGeronimo Ponçe,num. 12.mi nieto.

29 Y porque no pareciesse que era divinatorio , y ilussorio , este quarto llamamiento quedava, respecto que no avia mas hijos , ni descendientes nacidos de Juan de Ibayzabal,que Don Pedro,Don Juan , y Don Diego;para manifestar mas su voluntad , y la capacidad q̃ contẽplò enDoñaLucia de Ibayzabal su hija, para casarse,y tener hijos,respecto de hallarse viuda de Don Diego,num.3.(*vti diximus suprà num.4.*)su primero marido,y moza de 22.años,repitiò en la clausula aparte estas palabras,ibi:*Y en la misma forma llamo, y quiero que succedan en el dicho vinculo , y mayorazgo TODOS LOS DEMAS HIJOS , E HIJAS QVE TVVIERE LA DICHA DOñA LVCIA, SIENDO LEGITIMOS , Y DE LEGITIMO MATRIMONIO,Y SVS HIJOS,E HIJAS DE LOS SVSODICHOS , Y DEMAS DESCENDIENTES.*

30 De ſuerte, que en eſta clauſula vltima diò tres llamamientos en la forma que entonces ſe pudo explicar con palabras generales, y lo cierto es, que no huviera pueſto tanto cuidado en eſta quinta claſſe, y repetido el nombre generico de *hijos*, y *deſcendientes*, ſino huviera tenido por muy probable, y por caſi cierto, que llegaria el caſo de tener hijos Doña Lucia, num. 4. de ſegundo matrimonio, como con efecto tuvo à Don Geronimo, num. 12. y que ſi le huviera alcançado à conocer, le nombraria, eſpecificamente como lo avia hecho con los demàs ſus hermanos.

31 Y aunque Doña Ana Fernandez Pablo en ſu diſpoſicion no ſe huviera portado con tanta providencia de lo que podia acaecer, pues ſe han verificado à la letra los caſos que previno, y concibiò. No menor fuerça tiene en el derecho lo que ſe induce por cōgeturas manifieſtas, que lo que reſulta por diſpoſicion expreſſa, y literal, eſpecialmente quando ſe trata de deſcubrir, y reconocer la voluntad del teſtador, *leg. licet Imperator 74. de legat. 1. leg. cum virum, Cod. de fideicom.*

32 Por lo qual ſe tiene por expreſſo, y literal todo lo que ſe infiere, ex præſumpta voluntate teſtatoris, ſiendo tan eficaz la diſpoſicion que no eſtà expreſſada, que la que ſe deſcubre, y manifieſta de las palabras, *leg. ex facto 35. §. rerum 3. ff. de hæredibus inſtituendis*, ibi: *Nam quid ſenſerit ſpectandum eſt*, *leg. quoniam indignum, Cod. de teſtamentis, leg. 3. Cod. de lib. præterit.* D. Caſtill. *lib. 5. controv. cap. 181. numer. 5.* por ſer la voluntad de los teſtadores la alma de las diſpoſiciones, y à lo que principalmente ſe debe atender, *leg. in condit. ff. de condit. & demonſtrat. cum vulgat.* D. Molin. *lib. 1. cap. 4. num. 19. & 28. & lib. 3. cap. 4. num. 39.* & ibi Add. & diximus ſuprà num. 15.

33 Y de eſtos principios reſulta, que en los mayorazgos, y vinculos puede ſucceder antes que el

que

que tiene llamamiento literal, y expecifico, el que solò le tiene presumpto, y legal, supliendo el derecho el defecto de la expressión, *quasi minus scriptum fuerit, quam dictum, leg. cum avus, ff. de condit. & demonstrat. leg. generaliter, §. cum autem; Cod. de instit. leg. cum acutissimi, Cod. de fideicom.* D. Molin. *dict. lib. 1. cap. 4. numer.* 19. D. Castill. *tom. 5. cap. 93. § 6. ex num. 1. & cap. 144. ex num.* 38.

34 Y assi eo ipso, que el testador llame à la succession de algun vinculo, ò mayorazgo à vno de sus parientes, ò à otro qualquiera extraño, se presume aver llamado tambien à sus hijos, aunque no hiziesse mencion de ellos, ò no huviessen nacido, y huviesse passado à llamar à otras personas, *ex dict. leg. cum avus*, D. Covarr. *practic. cap.* 38. *num.* 12. Mier. *de maiorat.* 4. *part. quæst.* 1. *num.* 20. & *quæst.* 29. *num.* 17. D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 37. D. Castill. *lib.* 5. *controv. cap.* 166. *num.* 46. Rojas 5. *part. cap.* 4. *ex num.* 22. siendo la razon de este tacito llamamiento, que induce el derecho à favor de los hijos, y descendientes del primer llamado, la presumpta voluntad del testador, que ex eo, que se halle en el padre, se infiere averse derivado, y extendido à los hijos, D. Molin. *lib. cap.* 5. *numer.* 53. D. Larr. *decis.* 54. *numer.* 7. D. Solorçano *tom. 2. de iure Indiar. lib.* 2. *cap.* 8. *num.* 19. & cum alijs Aguila, in Addit. ad Rojas *part. 5. cap. 4. num.* 28.

35 Esta misma extension de voluntad que se dà de padres à hijos por la presumpta voluntad del testador, debe tener lugar tambien entre los hermanos, y assi eo ipso, que llamò Doña Maria Fernandez Pablo, à Don Juan, Don Pedro, y Don Diego Ponçe de Leon, tacitamente fue visto aver querido que succediesse tambien Don Geronimo Ponçe, num. 12. su hermano; à lo qual se añade el llamamiento expresso, y literal que le diò en dos clausulas, y à sus hijos, y descendientes, como queda fundado.

36 Y que se deba admitir la extension del llamamiento de vn hermano à otro, y aun entre personas estrañas lo advirtiò D. Molin. *dict. lib.* 1. *cap.4.num.*24.ibi: *Absurdumque sit asserere auferendam esse maioratus successionem, ab ea persona, cui ex verisimili institutoris dispositione apertissime defertur alijque adversus eius voluntatem adiudicandam ex eo quod de persona ad personam fideicommissum extendendum non sit, cum ad omnes alios casus ex mente testantis extendatur; ideoque contraria opinio, quod scilicèt fideicommissum ex præsumpta voluntate testantis etiam de persona ad personam extendatur nobis magis placet*, à quien siguen Fussar. *de substit. quæst.* 458. *ex num.*6.*cum seq.* Casanate *consil.*4.*num.*820. Peregrin. *de fideicom. art.*11.*per tot.* D. Castill. *lib.*2.*cap.*11.*num.* 22.& *lib.*4.*cap.*15.*num.*84.& *lib.*5.*cap.*181.*ex num.* 11.*cum seq.* & cum alijs quam plurimis addent. ad D. Molin. *in dict. lib.*1.*cap.*4.*num.*24.

37 Y en terminos de que el llamamiento de vn hermano se deba extender à otro que no lo tuvo, ex præsumpta voluntate testatoris, lo tienen por indubitable, *ex leg. qui filiabus* 17.§.1.*de legat.*1.*leg. siquis ita de testam. tut.* Mantic. *de coniectur. lib.*8.*tit.*7.*num.* 10. & *de tacit. convent. tom. lib.*13.*num.*49.*in fine*, Azeved. *consil.*1.*num.*43. Fussar. *de substit. quæst.*349.*num.* 3. Simon de Pretis *de interpretat.* & *vltimam volunt. fol.*320.*num.*9. y hablando en succesion de Capellanias, y Memorias, sintieron lo mismo Mostaz. *de caus. pijs, lib.*4.*cap.*7.*ex num.*16. Aguila in Addit. ad Rojas *part.*8.*cap.*7.*num.*1.*in fine.*

38 Para cuya extension no es necessario, que aya en la fundacion palabras absolutas, y generales, y de calidad, que en ellas estè comprehendida la persona que pretende la extension del llamamiento; (como las que se hallan con tanta expression à favor de Don Geronimo) porque basta que se extienda la voluntad del

del testador,*ex mente,vel ex vi rationis expressæ*, *vel sub intellectæ*,como magistralmente lo enseñò D. Molin.*dict.lib.1.cap.4.num.25.in fine*,ibi:*Sed nos ex verosimili menti testantis,non solum personæ comprehensionem ex verbis saltim generalibus, sed etiam extensionem ex vi rationis,expressæ,vel sub intellectæ admitendam esse censemus.* Mascard.*de probat.conclus.* 1136.*ex num.*8.Mantic.*de coniectur. vltimar. volunt. lib.*3.*tit.*19.*num.*8.Menoch.*lib.*4.*præsumpt.*73.*num.* 5.*& præsumpt.*65.*per totam*,Casanat.*cons.*4.D.Castillo *cum alijs,lib.*2.*controv.cap.*22.*ex num.*95.*& lib.* 5.*cap.*144.*ex num.*43.*& cap.*181.*ex num.*18.

39 Hallandose pues Don Geronimo asistido no solo con llamamiento presumpto,y legal,sino es con expresso,y literal,como dexamos probado,se reconoce quam sin fundamento se le pretende excluir de la sucession de este mayorazgo.

40 Y aunque se pretende fundar, que la comissaria añadiò en la clausula 5. la incompatibilidad, y gravamen que no expressò Juan de Ibayzabal, es oponerse à lo que en realidad resulta de toda la disposicion; porque si el mayorazgo del Thesorero Leon avia de estàr siempre en el hijo mayor,por ser regular, y el de Ibayzabal en el hijo segundo,eran de su naturaleza incompatibles,y consiguientemente fuera ocioso añadirles el gravamen que le tenian, conque solo vino à explicar en aquella clausula la comissaria lo que era propio de la naturaleza de ambos mayorazgos, *vtpotè in leg.tutelas* 7.*ff.de cap.dimint.*que si llegasse el caso,como sucediò,de ser primogenito D.Diego,n.10.y heredasse el del Thesorero Leon,quedava incapaz de obtener el mayorazgo litigioso,por ser de segũda genitura.

41 Este discurso que hemos hecho sobre las clausulas,arreglandonos à su contexto,no es menos natural,que legal,y por tal le funda doctissimamente como acostumbra Rojas *de incompatib.*8.*part.cap.*7.*à*

 num.

num.1.ibi: *Necesse est hic examinare, quis sit filius, vel filia secunda, cui talem succesionem deferri vult, & filius secundus est in hoc casu, qui sequitur immediatè post filium primum, seu primogenitum qui in altero maioratu principali ab eo electo succesit, quia secundus dicitur respectu primi. Leg. creditor. §. si primus, ff. qui potiores in pignore habeantur, leg. qui solvend. 88. ff. de hared. instit. Ideò secundusgenitus, respectu tertiogeniti, dicitur primogenitus, quia secundus respectu sequentium, dicitur primus, cum nemo eum pracedat*, & inferius num. 5. ait : *Vnde Franciscus Vivius decis. 502. maximè, num. 2. lib. 4. Tenet quod legatum relictum secundogenito, non debetur ipsi secundo in ordine nato, quando tempore, quo cedit dies legati, primogenitus erat mortuus: Quia secundus in ordine natus, dicitur tunc primogenitus, & sic tertius in ordine natus erit secundogenitus, cui debetur tale legatum*, quem refert, & sequitur D. Castill. *lib. 3. cap. 93. §. 1. num. 33. in fine*. Addent. ad D. Molin. *lib. 1. cap. 5. numer. 20. & 21. versic. Ex quibus infertur.*

42 De que nace, que Don Diego, num. 10. pudo ser segundogenito, en tanto, quanto tuvo otro hermano, que le precediesse; pero luego que faltaron los dos hermanos mayores, quedò por primogenito, y sin las qualidades de segundo, *relatio enim est ad alium*, y no puede vno ser primero, y segundo, conque vino à quedar por segundo legitimo D. Geronimo, num. 12.

43 Y no solo quedò D. Diego, num. 10. sin la qualidad de segundo, sino es q̃ toda su linea, y descendientes quedaron afectos con la qualidad de primogenita, y consiguiẽtemente excluidos de suceder en el mayorazgo de Ibayzabal, *vt animadvertit elegantissime, & in terminis* Rojas *part. 4. cap. 1. à n. 87. & part. 7. cap. 6. n. 53. & in dict. part. 8. cap. 7. n. 17.* ibi: *In nostra enim leg. 7. sub vocatione filij secundi, sivè secũdogeniti non comprehenduntur filij, seu descendentes ex linea*

nea primogeniti : illa enim linea censeri debet exclusa, cum solum modo vocata si linea secundogeniti, sivè filij secundi : & sic filius secundus facit propiam lineam respectu suorum descendentium, diversam à linea primogeniti, & suorum, idem docent *Mier. Robles, D.Covarr. D.Molin. & plurimi alij congesti ab ipso, & ab Aguila eius Addit. num. 27.*

44 Y por estas doctrinas se decidiò la question tan dificultosa en otros tiempos, si en el mayorazgo de segunda genitura (porque oy no se trata de incópatibilidad personal, *ratione armorum, vel nominis*) avia de suceder el hijo primogenito del posseedor, ò el hijo segundo, ò el hermano, que despues de fatigar tanto los Autores, resolvieron à favor del hermano segundo; pues estimaron ser de incompatibilidad real, y lineal con el primogenito, y todos sus descendientes, talitèr, que quedavan inhabiles, è incapazes de succeder, por no poder concurrir en ninguno de ellos la qualidad, y prerrogativa de secundogenitos.

45 Y assi lo enseña doctissimamente *post longam ad partes disceptationem* D.Larr. *decis.* 51. cuyos fundamentos, logrando el mayor acierto pudieran escusar del todo este informe à transcrivirlos, y lo mismo enseñan post eum D.Castill. *lib. 5. controv. cap.* 178 Robles *de representat. lib. 2. cap.* 6. Rojas *dict. part.* 8. *cap. 7. & 4. part. cap. 1. num.* 87. ibi: *Aut vocatio, sivè sit facta à lege, sivè ab homine est de secundogenito, aut fratre secundo*, ita sic: *Succeda en el otro mayorazgo el hijo segundo, ò el hermano segundo, & tunc vocato filio secundo, vel frate secundo, SOLVMMODO SECVNDOGENITVS, SIVE FILIVS SECVNDVS, AVT FRATER SECVNDVS, ET EIVS FILIj, SEV EIVSDEM LINEÆ DESCENDENTES, SVCCEDERE DEBENT, ET NON FILIj PRIMOGENITI, NEC ALIj EX PRIMOGENITI LINEA.* Y dà la razon inmediatamente:

Quia

Quia vocatio de filio secundo in eo, & in eius descendentibus, est linealis, & realis ad exclusionem PRIMOGENITI, ET EORVM DESCENDENTIVM, prout validissimis probat fundamentis D. D. Ioann. Baptist. de Larr. tom. 2. quæst. 51. per totam, vbi ita iudicatum fuisse in Regali, ac Granatensi Cancellaria testatur. Y de esta misma opinion fue el señor Doctor Olea, con otros muchos Autores, *quos retulimus in nostra 1. allegat. à num. 27. vsque ad 33.*

46 Y porque no se dude ser esta la question de este pleyto, y que estamos en los terminos propuestos, serà preciso tomar desde el tiempo de la vacante de este mayorazgo, la disputa, que es la que se ha de atender, iuxta D. Molin. *lib. 1. cap. 13. num.* 36. & ibi Add. *& plures alijs relati in nostra allegat. à num.* 208. Y sin embarazarnos en el testamento de Doña Ana Fernandez Pablo, que en esta instancia de revista se ha redarguido de falso con tanto esfuerço por Don Diego; pues para el caso presente, ni añade, ni quita (cuya firmeza se avrà fundado muy lata, y doctamẽte por el Abogado de D. Alonso.) Lo cierto es, que por la fundaciõ que hizo Juan de Ibayzabal llamò *à el hijo segundo de vna de sus hijas, el que su muger eligiesse*; si esta no eligiò *ipso iure*, toca à el hijo segundo de Doña Lucia, numer. 4. su hija mayor, vt docet D. Molin. *lib. 2. cap. 4. num.* 42. & ibi Add. Y si eligiò, *nulla est dubitatio.*

47 Sucediò pues en este mayorazgo en virtud del llamamiento D. Juan Ponçe, num. 8. que fuesse *pleno iure*, ò *deducto vsufructuario*, por aversele reservado por los dias de su vida à Doña Lucia su madre, en dicho testamento, tampoco es question que oy haze al caso, aviendo muerto Doña Lucia, porque como *nihil commune habet propietas cum vsufructu. Leg. Mævius 66. §. fundo, ff. de legat. 2.* aunque el vsufructo fuesse ageno, diremos justamente, que yà el mayorazgo le posseìa Don Juan, *per textum in leg. recte dicemus*

mus 25.*ff.de verbor.signific.*D.Olea *tit.*3.*de cess.iur. quæst.* 3.*num.* 15. D.Molin. *lib.*4.*cap.*11.*maximè numer.* 11.

48 Y aviendole posseìdo Don Juan Ponçe hasta 23.de Diziembre de 1645.en que consta por los autos,y no se duda muriò,por ministerio de la Ley 45. de Toro,se transfiriò la possession en Don Diego Ponçe,num. 10. porque aunque se hallava antes llamado Don Pedro,num.7.fue de ningun efecto, y momento este llamamiento,como contrario, y opuesto à la voluntad de Juan de Ibayzabal, como dexamos fundado suprà num. 21. Por cuya razon Don Diego posseyò, y debiò posseer este mayorazgo hasta 3.de Abril de 1655 en que falleciò Don Pedro Ponçe el primogenito. Pero por aver muerto sin hijos,y aver sucedido Don Diego en el mayorazgo del Thesorero Leon, fue preciso que desde este dia el mayorazgo de Ibayzabal buscasse el sucessor legitimo à quien le tocava,y que la Ley 45. de Toro obrasse con sus efectos.

49 Pues en este tiempo,y año de 55. que es el de la vacante, y en que se hallavan nacidos los tres que litigan(en que vàn conformes) es preciso que se haga el computo del derecho de vnas,y otras partes, y assi se avrà de resolver oy esta question, conforme à la decision 51. del señor Larr.por ser este vn mayorazgo expresso de segunda genitura, en que se halla llamado el nieto segundo de vna de sus hijas, y concurre Don Geronimo,num.12.hermano segundo de Don Diego, num.10.su hijo mayor,que es Don Diego, num. 14.y su hijo segundo Don Alonso Ponçe, numer.15. Con que no se hallarà discrepe en nada este caso del que disputan el señor Larrea,señor Castillo, y Rojas, y todos los demàs DD.citados.

50 Luego:si deciden la controversia à favor del hermano segundo,*idest patruo*,y excluyen à los hijos primero,y segundo del primogenito, como descē-

dientes de linea, y rayz incapaz de suceder, *exclusa enim radice, censentur exclusi omnes qui ex ea radice procedunt*, D. Molin. *lib. 3. cap. 5. num.* 42. vbi Addent. ni por sus personas, ni representando à su padre podran suceder en el mayorazgo litigioso, y solo Don Geronimo deberà obtener por aver llegado el caso de su llamamiento, y hallarse asistido de la qualidad, y circunstancia precisa de segundogenito, prevenida, y deseada, assi por el Fundador, como por Doña Ana Fernandez Pablo: aora se estè à ambas disposiciones, ò à vna, y qualquiera de ellas, la que Don Alonso quisiere eligir.

ARTICVLO SEGVNDO.

51 Aunque por los fundamentos hasta aqui ponderados, y mas doctamente escritos en la primera alegacion de Don Geronimo, resulta con evidencia la exclusion de Don Diego, y Don Alonso, sin embargo para mayor claridad, y para que queden del todo desvanecidas sus pretensiones, se responderà à sus informes, siendo el primero el de Don Alonso, por hallarse asistido con la sentencia de vista, y en donde parece tropieza la duda deste litigio.

EXCLVSION, Y RESPVESTA A DON Alonso.

52 Desde el *numer.* 1. *hasta el* 20. pone el echo necessario, en que vàn conformes las partes, y desde el *num.* 20. *hasta el* 23. la regla general que tenemos confessada, de que el mandatario no puede exceder los limites del poder, pero en el 23. yà que no pudo extender la regla de derecho, se extendieron los limites del poder, y estrechò la segundogenitura; pues asienta, que fue limitado para eligir entre nietos segundos del primer

mer llamado;pero que deſpues tuvo facultad libre, y abſoluta,y que aſsi ſolo tuvo obligacion de eligir à el primer llamado de los ſegundos,y no à los demàs deſcendientes. Y pretende probar el intento con diferentes textos,que ſon puntuales, pero mas al intento el *cap. qui ad agendum*, que ſe tocò ſuprà num. 22. y ſe reſervò ſu corroboracion, è inteligencia para eſte lugar.

53 Es regla general,y conſtante,que la clauſula *quomodo voluerit*, *vel cum libera*, ò otras ſemejantes pueſtas en vn poder eſpecial,ſe limitan, y circũſcriven à aquella eſpecialidad,ò particularidad para que ſe concede. Y por eſta razon el texto *in Leg. cum quidã 24. ff. de legat. 2.* ibi: *Rogo reſtituas libertis meis quibus voles*, aunque *Marcelus putavit poſſe hæredem, & indignum præferre: atamen non libere; non abſolutè, ſed inter liberos*, & ita docet Præſes Sabaud. Faber *de erroribus pragmat. decad. 54. error. 1. cum ſeqq.*

54 De ſuerte,que porq̃ la palabra *quibus voles*, recayò deſpues del *libertis meis*, ſe reſtringe, y limita entre los libertos,y de eſta miſma opinion fue Põponio *in Leg. ſtatu liberum 11. eòdem tit.* cuya eſpecie es de aver gravado vn teſtador à ſu heredero que dieſſe à Stico, ò Pamphilo, *quem velit*, y enſeña,que no es abſoluta,ſino limitada la eleccion entre los dos, & *idem probatur in leg. hæredes mei 57. §. Peto de te, ff. ad Trebell. & ex DD.* quos refert *num. 24.*

55 Reſpecto pues, que Juan de Ibayzabal, (ſegun dexamos fundado ſuprà num. 9.)hizo vn mayorazgo de ſegunda genitura, y diò poder à ſu muger para q̃ eligieſſe el ſuceſſor q̃ quiſieſſe; debiò ſiempre obſervar la ſegunda genitura,poniendo los gravamenes,y condiciones que le parecieſſe;con tal q̃ fueſſen conforme à ella, vt docet Aguila ad Rojas 1. *part. cap. 6. num. 387.* Y querer que el primer llamamiento fueſſe preciſamente de hijo ſegundo,y los demàs con libre facul-

dad,

dad, es violentar la mente, y disposicion del Fundador, que avia explicado en aver fundado vn mayorazgo de segunda genitura, añadiendo, que hiziesse los llamamientos *conforme à los mayorazgos de Castilla*, restringiendo con estas palabras la libre facultad que la dava; pues no ay duda, que luego que se halla formado vn mayorazgo de segunda genitura, se govierna en la sucession por las reglas generales de los de Castilla, vt docent Mier. *de maioratib. 2. part. quæst. 4. allat. 8. numer.* 334. D. Castill. *lib. 5. controv. cap.* 178. *à num.* 10. Aguila ad Rojas 1. *part. cap.* 8. *num.* 30.

56 Y de esta manera se concilia, y compone ser mayorazgo de segunda genitura, y governarse por las leyes de los de Castilla, infiriendose de lo dicho, que Doña Ana Fernandez pudo hazer los llamamientos que quisiese, como no alterasse la segunda genitura, *vt animadvertit idem met* Aguila *dict.* 1. *part. cap.* 6. *num.* 388. & fundavimus *in* 1. *allegat. num.* 42. Pero que en aver llamado à Don Pedro, y à su hijo segundo, no solo excediò del poder, alterando, y perturbando la orden, y forma que tenia señalada, sino que tambien se opuso à las Leyes de Castilla, que previno el Fundador se observassen; pues estas enseñan se suceda de mayor en menor, y Doña Ana quiso fuesse de menor à mayor, contra todo el orden regular.

57 Y no satisface à lo dicho la interpretacion que dà à las palabras referidas Don Alonso en el *num.* 38. de que miraron à hazer los bienes inagenables, y perpetuos conforme à las Leyes de Castilla. Porque assi como en vn mayorazgo de rigurosa agnacion, luego que parò en cognado la sucession de quien resultò vn agnado artificioso en los descendientes de este se busca, y sigue el mismo concepto de rigurosa agnaciō, *ita similitèr*; en el mayorazgo de segunda genitura aviendo succedido el segundogenito forma linea, y cabeça para sus descendientes, à exemplo de los mayo-

raz-

razgos regulares, buscando siempre esta misma qualidad, vt docet D. Lara *de vita hominis, cap. 30. num. 114, cum pluribus alijs.*

58 Supuesto pro constanti, q̃ fue esta la voluntad del Fundador, es facil la respuesta à todos los demàs fundamentos de Don Alonso, por estrivar en esta vassa que dexamos arruinada, porque aunque en el numer. 48. dize, *se vocatum fuisse*, por aver sido expressamente llamado Don Diego, num. 16. su padre, y sus hijos, y descendientes, se ha de notar, que es ley la voluntad, *& sicut scire leges non est verba eorum tenere, sed mentem*, asi tambien la voluntad de la comissaria no se debe interpretar por la corteza de las palabras, sino es por la mente, y intencion, que es la que las dà la fuerça de ley.

59 No negamos, que se hallan llamados los hijos de Don Diego; pero quando? En el tiempo, y estado que le considerava como cabeça de linea segundogenita; pero en caso que no fuesse asi, y que llegasse à ser primogenito, y succeder en el mayorazgo del Tesorero Leon: Què dispuso? Respondan sus mismas palabras, ibi: *En este caso no succeda en este que aora le ha llamado, y llama*, SINO QVE SVCCEDA EN EL EL HIJO MAYOR VARON QVE TVVIERE LA DICHA DOñA LVCIA DE IBAYZABAL DE OTRO QVALQVIERA MATRIMONIO.

60 Luego: no solo no se halla al presente con llamamiento expresso, sino con exclusion formal, y literal, *argumento textus in leg. se legatum pure, ff. de adimend. legat. leg. aliquando, leg. quod pure, ff. de condit. & demonstrat.* D. Valenç. *consil.* 133. *numer.* 6. *&* 13. aora se valga de la disposicion de la comissaria, ò del testamento del dicho Juan de Ibayzabal.

61 En el num. 49. dize Don Alonso, *se habere qualitatem sub qua vocatus est*, porque es hijo se-

gundo de Don Diego, num. 10. que no se le niega; si empero, que sea segundo de la linea efectiva, y capaz de succeder, ex his patet etiam incertum esse, *casum sua substitutionis pervenisse*; pues no basta, que ayan muerto los primeros llamados, sino prueba, que su linea es la que debe oy succeder, y no lo siendo, como queda fundado, se extraña se empeñe en querer excluir à Don Diego, num. 14. su hermano mayor.

62 Para esto en el numer. 52. hasta el 64. dize, que los hijos de Don Diego, num. 10. estàn llamados con relacion à los dos primeros llamamientos de los hijos de Don Pedro, y Don Juan; y que aunque el hijo mayor de este, y todos sus descendientes tienen llamamiento, pero de los hijos de Don Pedro solo le tiene el segundo, y aunque parece perplexa, y repugnante, dize; se debe conciliar siempre q̃ se pudiere, aunque sea impropiando las palabras, y en este sentido finge dos casos en Don Diego, num. 10. El primero, de no gozar Don Diego el mayorazgo del Tesorero Leon, y entonces llamò al hijo primero, como lo avia hecho en los de Don Juan. Y el segundo, de concurrir ambos mayorazgos en vn sugeto, y para este caso llamò à el hijo segundo, *referendo singula singulis*, y explicando vnos llamamientos por otros, para hazerlos vniformes, para cuya comprobacion trae gran copia de textos, y lugares.

63 *Sed re atente inspecta*, este argumento como quimero, y voluntario no perjudica en nada à lo que dexamos probado, *quia non sunt somnianda substitutiones, vt dicebat* Socin. Junior *consil.* 155. *à numer.* 10. *volum.* 2. & Cyriac. *controvers.* 281. *num.* 48. y todo este discurso para incluirse Don Alonso no es otra cosa, que fingir, y soñar llamamientos, y prescindir disposiciones, que no solo no ay, pero se oponen clara, y literalmente à la voluntad de Juan de Ibayzabal, y à la de su muger.

Lo

64 Lo primero, porque aqui no ay question de potestad, *uti pluries diximus*, pues aviendo dexado fundado mayorazgo Juan de Ibayzabal, como lo confiessa el Abogado contrario en su informe, numer.32. y ser este de segundagenitura, *ut fundavimus supra numer.55.* en ningun tiempo pudo su muger dar llamamientos que fuessen opuestos à ella. Y quando huviesse alguna duda que no la ay, siempre se avia de interpretar àzia la parte de averse conformado con el poder, *iuxta leg. haredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebel. leg. si duo, ff. de adquirenda haredit.* D. Castillo *tom.4. controversiar. capit.35. numer.13. & 14.* Rojas *de incompatibil.6. part. cap.8. num.85. & 7. part. cap.6. num.12.* y assi, aunque Doña Ana Fernandez huviesse hecho la disposicion, como la concive, siempre fuera ineficaz, y de ningun momento, por oponerse ex diametro à la disposicion, y voluntad de su marido.

65 Lo segundo, porque la exclusion del hijo mayor de Don Diego, num.10. llamando al segundo, es especial exclusion, y exheredacion, y teniendo llamamiento expresso su linea, como assienta Don Alonso, era preciso para excluir à su hermano clara, y manifiesta voluntad, por ser la exheredació de su naturaleza, *stricti iuris*, y necessitar de amplia, y notoria expression, *iuxta leg. maximus vitius, Cod. de lib. praterit.* & D. Molin. *lib.3. cap.4. à numer.15.* con que no aviendo hecho mencion del mayorazgo del Tesorero Leon la comissaria en todo su testamento, sino quando previno el caso de Don Diego, ademàs de ser violenta, serà poco legal la interpretacion de vna voluntad absoluta, dividiendola por congeturas remotissimas, que no se pueden inferir de toda la disposicion.

66 Lo tercero, y mas principal, porque solo se admiten las congeturas quando ay alguna duda en la voluntad del Fundador, *iuxta dict. in leg. qui ad certum, ff. locati, leg. continuus, §. cum ita de V.O.D.*

Cas-

Castillo *lib.4.controversiar.cap.17.* Hermos. *in leg.2. gloss.5. numer.7. tit.1. part.5.* pero en el caso presente està tan manifiesta, què quando huviera podido extenderse la comissaria con la generalidad que quiere Don Alonso, no solo nò le llamò, como supone, sino que antes bien luego que contemplò à Don Diego su padre por primogenito de la familia de los Ponçes, sin hazer mencion de sus hijos, passò à dar llamamiento al hijo mayor varon que tuviesse la dicha Doña Lucia de otro qualquiera matrimonio.

67 Luego: mal distingue, y acomoda el llamamiento de los hijos de Don Diego à el caso de succeder en el mayorazgo del Tesorero Leon, que es el que se controvierte, y al de no succeder. Y assi con mas fundamento, y sin tanta cavilacion, por lo mismo que confiessa en su informe num.69. de que se debe estar à la voluntad de Doña Ana Fernandez Pablo, se le puede dezir lo que *docte, & eleganter* advirtiò para estas disputas la *ley ille, aut ille 25. de legat.3.* ibi: *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admiti voluntatis quæstio.*

68 No era necessario à nuestro corto entender cansar con mas fundamentos à los señores Iuezes, sino se hallara Don Ceronimo con sentencia de vista contraria; pero como no se puede adivinar los q̃ se estimaron entonces à favor de Don Alonso, serà preciso proseguir, aunque contra la inclinacion natural, dando plena satisfacion à todos ellos.

69 Tambien se ha querido inferir vna perplexidad, y contraria voluntad en la disposicion de la comissaria, en quanto llamò à los hijos de Don Diego, num.10. *de la misma forma, è manera que và dicho, y declarado en los dichos dos primeros llamamientos,* diziendo: Que en el vno llamò al hijo mayor de Don Juan: Y en el otro, al hijo segundo de Don Pedro; pero este discurso no es mas que cō sophisterias buscar contras

trariedades en las clausulas, alterando la genuina, y natural inteligencia de ellas, quando aconsejan las leyes, que se eviten, como lo confiessa en su informe numer. 55. & 56. *ex leg. vbi repugnantia* 18. *ff. de regulis iuris*, con otros infinitos AA. que cita, porque siendo contrarios los llamamientos de los hijos de Don Juan, y Don Pedro, no se refiriò à ellos en quanto à la edad de los hijos de Don Diego, que llamò despues; pues para estos se arreglò à el poder que la avia dado su marido, ibi: *Sin alterar, ni inovar en nada la voluntad del dicho Don Iuan de Ibayzabal Fundador*; y este despues de aver dicho se eligiesse vno de los hijos segundos de sus hijas, dixo: *Que se succediesse conforme à las leyes de Castilla*, que fue lo mismo que dezir, que se succediesse de mayor en menor, prefiriendo el varon à la hembra.

70 Y para manifestarlo mas Doña Ana Fernandez en el tercer llamamiento de Don Diego, y sus hijos, solo se refiriò à los dos primeros, en quanto al gravamen de armas, y apellido, que fue su enixa, y geminada voluntad, y la de su marido: Y entendida assi la clausula referente, ni se halla, ni descubre contrariedad, ni repugnancia, y se acomoda *singula singulis*, como quiere Don Alonso.

71 Prosigue en su informe, y desde el *numer.* 65. se empeña en excluir à Don Geronimo, y aunque en el ingresso le pareciò facil empressa, pero apenas gustò de la justicia que le assiste, quando reconociò la dificultad, pues con tanta latitud procurò la satisfacion.

72 Dize, que confiessa Don Geronimo ser de linea inferior, y si en esto quiere dezir, que es hermano menor de Don Diego, no se le niega, pero si toma legalmente la palabra linea, no solo no es Don Geronimo de la linea inferior, sino es de la de qualidad, y predilecta, y superior à la primogenita; *vt subtilissime*

 ex

ex Robles, *considerat* D. Castillo *lib. 5. seu tom. 6. controv. cap.* 178. *num.* 11.

73 Dize tambien, que debe probar su llamamiento expressamente para excluir à todos los de la linea de su hermano mayor (tambien se le ha confessado, y probado latamente por Don Geronimo) pero en este parentesis serà bien argumentemos *ad hominem*, preguntandole, si para excluir à su hermano Don Diego, num. 14. necessita tambien de clara, y expressa voluntad, como Don Geronimo para excluir à todos los hijos de Don Diego, num. 10.? Bolvamos los ojos à las clausulas, que son el desempeño: Y veamos en el caso de succeder Don Diego en el mayorazgo del Tesorero Leon, què dixo la comissaria? Tantas vezes se han repetido sus palabras, que seria ocioso el referirlas de nuevo, aunque no lo serà el dezir, q̃ expressamente se halla llamado D. Geronimo; y clara, concluyentemente, y sin falacia alguna, excluido Don Diego, num. 10. y sus hijos: Luego mal assienta en el *num.* 69. que tiene contra sì Don Geronimo la prerrogativa de la linea, y voluntad del Fundador.

74 Desde el *numer.* 71. *cum sequentibus*, procura satisfacer con seis respuestas, que este mayorazgo no es de segundagenitura. Y la primera, la funda en la libre, y amplia facultad q̃ la concediò el Fundador à Doña Ana Fernandez Pablo. No se le niega esta proposicion, por no tener duda, como, ni tampoco nos puede negar, que en quanto à el llamamiento de Don Diego se arreglò à la voluntad de su marido, explicando el concepto de rigurosa segundagenitura: Y si pondera tanto la facultad que tuvo de dar llamamientos, como no advierte, que excluyendo à su padre, y à su linea, passò à llamar especifica, y literalmente à Don Geronimo Ponçe?

75 La segunda, consiste en dezir, que el llamamiento que hizo Juan de Ibayzabal del hijo segun-

gundo de vna de ſus hijas, no fue perpetuo; ſino limitado, y reſtricto al primer llamado, porque dize repugna con la facultad libre de eligir la calidad preciſa de ſegundagenitura.

76 Eſta reſpueſta eſtà convencida con lo miſmo que dize; pues no ſe haze cargo, ni advierte, que el llamamiento de hijo ſegundo fue *ſub nomine appellativo, & incertũ de certis*; y aſsi ſi junta la palabra mayorazgo con la de ſegundogenito, no neceſsitara mas para hallar la perpetuidad del llamamiento de hijo de ſegundo, en que inſiſte nueſtra parte. Y à la contrariedad que ſupone en el *num.* 75. ſe reſponde aſsimiſmo en el *num.* 85. ibi: *Lo ſegundo; porque aun en el primer llamamiento tuvo eleccion Doña Ana entre los nietos ſegundos*: Con que queda ſatisfecho, aſsi por lo que diximos *ſuprà num.* 55. como porque aviendo vſado del nombre apelativo *ſegundo*, mirò, y amò perpetuamente la qualidad de ſegundogenito, ſin que los demàs llamamientos de ſu muger pudieſſen oponerſe à ſu principal voluntad, y aviendo dos ſe verificò la eleccion de la *ley* 1. *ff. de opt. vel elect. legat.* y en las demàs ſubſtituciones debiò arreglarſe à eſta diſpoſicion, *retento eodem themate, & ſecundum primam formam*, vt docet Caſanate *conſil.* 36. *num* 35.

77 La tercera, ſe funda en dezir; que quando Doña Ana huvieſſe muerto ſin eligir, la ley huviera ſuplido el facto de la eleccion, ſegun lo ordenado por Juan de Ibayzabal.

78 Tambien eſtà ſatisfecha con lo miſmo que nos reſponde, porque ſi ſe ha de atender à el llamamiento, y fundacion de Juan de Ibayzabal, y eſta es de rigoroſa ſegundogenitura, *vt pluries diximus, & præcipuè in* 1. *allegat. à num.* 24. *cum pluribus DD. ibi relatis*, ſi Doña Ana no huviera eligido, la ley ſupliera el facto, y llamara à el que huviera de ſucceder; y ſiendo ſobre eſto el pleyto no toca à los Abogados el deter-

mir

minar si seria Don Geronimo, ò Don Alonso el que entonces llamaria la ley: Y todos los AA. que cita solo hablan en el caso tan general, como quotidiano, de q̃ la ley no estando hecha la eleccion, presume, y tiene por electo à el que conforme à Derecho debe succeder.

79 En la quarta, dize: Que el primer llamamiento de segundogenito, solo le tuvo Don Iuan, numer. 9. y sus hijos, y descendientes, y que no se estima por repetida esta calidad, porque huvo nueva forma, *ex commissa electione*; pero à esta respuesta se insta con su argumento: *At sic est*, que tambien en el llamamiento de Don Iuan se cometiò la eleccion, pues la diò à Doña Ana para que escogiesse vno de los nietos segundos: Luego cometer la eleccion en los demàs no fue nueva forma, sino es, *retenta eadem forma*: Luego fue perpetuo el llamamiento de segundogenito.

80 La quinta, se reduce à que el llamamiento segundo, *conceptus fuit in personam*, sin declarar que fuesse por causa de incompatibilidad con otro mayorazgo, ni diesse otra causa real, y que por esta razon se ha de reputar por personal, sin que se pueda extender, *vtra illam personam vocatam gradum aut lineam.*

81 Esta respuesta, ò objepcion tiene tan poca entidad como las antecedentes, y està satisfecha concluyentemente con lo que diximos *suprà dict. numer. 55.* que omitimos por excusar repeticiones. Ademàs, que para considerar este mayorazgo incompatible con otro, basta que sea de segundagenitura; y no discurrimos, *quomodò fuit concepta vocatio in personam*, aviendose hecho *sub nomine appellativo, & incerta personæ de certis*, porque el texto en la *ley iuris gentium 7. §. pactorum, ff. de pactis*, con los demàs que cita en dicho *numero*, no prueban en manera alguna la proposicion referida; pues hablan solamente de pactos,

y estos vnos se conciben *in rem*, y otros *in personam*; pero los llamamientos han de ser siempre concebidos *in personam*, porq̃ solo pueden ser llamadas las personas à la succession, en tanto grado, que aun quando el llamamiento se concibe *in rem*, como si vn testador llamasse à su herẽcia à vna casa, ò familia, se entienden llamados las personas agnados, ò cognados de ella, vt docet latissimè Fusar. *de substitut. quæst. 360. & 361. plurimos alios DD. referens.*

82 Y no se puede dudar, que los llamamientos vnos son perpetuos, y otros personales temporales, vt docent Baldus *consil. 355. lib. 1. & consil. 58.* Tiraquel. *in leg. si vnquam, de revocand. donat.* verbo: *Donat largitus, num. 48.* Surd. *cons. 419. num. 64.* D. Solorçan. *tom. 2. de iure Indiar. lib. 2. cap. 22. num. 15.* Noalis *de transmiss. cap. 23. num. 17.* Luego si todos los llamamientos se conciben *in personam*, no puede consistir la diferencia que quiere, de que sean temporales los que *concipiantur in personam*, y perpetuos los que *concipiuntur in rem*, y solo estarà la diferencia en el modo de concebirse los llamamientos, y voluntad del Fundador.

83 Menos fundamento tiene la sexta, y vltima respuesta, en que por esso, dize, no fue transmisible à otros el llamamiento de segundo; porque el testador conociò al que llamò, y pudo tenerle especial amor, ò porque vsò de alguna demonstracion, que à el solo comprehende, y no à otros, y que el llamamiento de nieto segundo hecho por Juan de Ibayzabal, fue en persona conocida; pues Don Juan Ponçe segundogenito, estava yà nacido, y le avia tratado, y comunicado.

84 Esta respuesta queda convencida con dos principios notissimos de Derecho; porque vna cosa es que el legado se conciba en cierta persona; *sub certa demonstratione*; y otra cosa es que la cierta demonstracion sea peculiar, y propissima de vna persona: en el pri-

mer caſo ſolo ſe queſtiona de la validacion del legado, *quia incertis perſonis,quæ ſemper incerta fuerunt, nec olim,nec nunc poteſt legari,§.incertis 25. Inſtit. de legat. Incertis verò de certis ſub certa demonſtratione, & olim,& nunc potuit legari.* Y en eſte genero de legados, *nunquam venit in mentem diſputare*, ſi ſe entendia nominatim dexado el legado: Pero en el ſegundo caſo de averſe legado alguna coſa *ſub certa demonſtratione*, entonces ſe debe entender hecho nominatim: *Quia demonſtratio certa vice nominis fungitur. Leg. certum 6.de rebus credit.leg.nominatim 34.ff. de condit.& demonſtrat.§.huic proxima,Inſtit.de legat.*

85 Y por el teſtamento de Juan de Ibayzabal no ſe nombrò,ni llamò perſona cierta, ſino incierta de certis;y aunque el teſtador conociò à D. Juan Ponçe,pudo muy bien ſu comiſſaria(como lo confieſſa *numer*.85.)con la libre facultad que la avia concedido llamar al nieto ſegundo de Doña Maria ſu hija,el quàl no conſta huvieſſe nacido: y aunque ambos nietos eſtuvieſſen yà nacidos, y conocidos por ſu abuelo, podian aver muerto los primogenitos,y ſubrrogarſe ellos en ſu lugar: conque entonces menor predileccion ſe podia conſiderar en el Fundador,pues no podia tener noticia de los que pudiera eligir ſu muger; y aſsi no ay duda, que quando ſe lega alguna coſa *incertis perſonis de certis*,ſe debe atender no al tiempo del teſtamento para verificarſe la qualidad, ſino es al de la muerte, ò de la ceſsion del legado. *Leg. ſi congeſtis 19. ff. de rebus dubijs,leg.intervenit 24.ff.de legat.præſtand.*

86 De la repugnancia, y contradicion que haze Don Alonſo en que eſte mayorazgo ſea de ſegunda genitura,ſin atender à que ſino lo fuera le tocava à Don Diego ſu hermano,ò à ſus hijos, *à contrario ſenſu*, nos confieſſa preciſamente, que ſi ſe eſtimaſſe por tal, no podia competir con Don Geronimo, conque vendrà à ſerocioſa toda la diſputa de eſte

pley-

pleyto, por tener probado, sin que pueda aver la menor falencia, que se halla asistido de las prerrogativas de segundogenito.

87 Desde el *num.* 82. intenta probar, que este mayorazgo no es incompatible, especialmente con el del Thesorero Leon. Y como esta question no es fundamento en que insiste Don Geronimo, *libenter eam omitimus*; pues siendo vno de segunda genitura, y otro regular, seràn incompatibles à lo menos generalmẽte. Conq̃ no ay necessidad de responder à lo que funda en el *num.* 87. de q̃ quando se sucede en dos mayorazgos incompatibles han de suceder los hijos del posseedor, sin que passe à otra linea; porque esto se entiende siendo la incompatibilidad personal, però no quàndo es real, y lineal, como en nuestro caso, y con esta distincion compone D. Ferdinand. del Aguila *3. part. cap. 5. num.* 28. la decision del Senado Lusitano, que trae Gama en la 27. de el suyas, tan mal recibida de todos los Autores, como lo reconociò su Addicionador Flores de Mena, *dicto loco*, ibi: *Satis colligitur male iudicasse Authorem, & Senatores in præsenti*, y de este mismo sentir fue Mieres *de maioratib. 2. part. quæst. 6. à num.* 210. *& num.* 213. pues aunque se inclinò à defender la decision de Gama, fue con tantas limitaciones, que advirtiò muy bien Rojas *3. part. cap. 5. n.* 35. que venia à sentir lo contrario.

88 Tambien siguiò esta opinion el señor D. Juan del Castillo *lib. 3. controv. cap.* 15. pues aunque defendia el mismo derecho, que se decidiò en Portugal, fue por ser la incompatibilidad personal, por hallarse prohibido en vna persona el concurso de dos mayorazgos; y si huviera sido lineal, y real, sin duda sintiera lo contrario, *vt ex verbis ipsius deducitur.*

89 El P. Thomàs Sanchez *lib. 7. in præcepta Decalogi, cap.* 15. *à num.* 30. funda esta misma opinion: *Validissimis fundamentis, quæ transcrivit eum secutus Rojas vbi suprà, & denique Aguila, qui ad Gama ar-*

argumenta vſque ad ſaturitatem reſpondet,num. 29. in fine,declarat,his verbis: *At verò,quando primogeniti excluſio realis eſt, & SECVNDIGENITI vocatio, ſecus dicendum eſt,etiam quo ad PRIMOGENITI FILIOS.*

90 Y en comprobacion de eſta doctrina, y de lo que dexamos fundado,tiene Don Geronimo otra nueva, y mayor autoridad, y mas ſolido fundamento, que es vna deciſion en los miſmos terminos,de eſte Supremo Senado(que ſe ha preſentado en la inſtancia de reviſta)por el ſoberano concepto que ſe haze de tan grandes Miniſtros,y por la ſuma ſatisfacion que ſe tiene de ſu grande integridad,ſabiduria,y zelo en la recta adminiſtracion de Juſticia,ſin acepcion de perſonas, y ſin reſpectos humanos, por cuya razon, *ſine pudore eam referemus.*

91 Es pues el caſo,que Juan Hortiz de Anſotegui,fundò mayorazgo regular de la Caſa de Alegria. Y Martin de Arta Areſpe,de ſegunda genitura del de Arta Areſpe,prohibiendo el concurſo con el de Alegria,excepto en el caſo de aver vn ſolo ſucceſſor. Porque entonces fue ſu voluntad, que los poſſeyeſſe ambos,con tal,que luego que tuvieſſe hijos ſe dividieſſe el de Arta Areſpe.Sucediò pues en ambos Juan Hortiz de Anſotegui nieto de ambos Fundadores, y por ſu muerte quedaron tres hijos,Martin el mayor,Antonio el ſegundo, y Lazaro el tercero. Y Martin poſſeyò el mayorazgo de Alegria,y Antonio el de Arta Areſpe, y por aver muerto Martin ſin ſuceſsion, paſsò el mayorazgo de Alegria à Antonio,al tiempo q̃ ſe hallava con dos hijos,que eran D. Juan, y Don Franciſco, y en eſte eſtado ſaliò Lazaro demandando el mayorazgo de Arta Areſpe.

92 Opuſieronſe Antonio, y ſus hijos primero,y ſegundo,diziendo,que aunque Lazaro ſu hermano, y tio reſpectivè, al preſente hazia, y formava

la

la linea segundogénita, por hallarse primogenito Antonio; pero que por aver sido este segundo, y como tal gozado el mayorazgo de Arta Arespe, no se le debiò negar la retencion; y quando esto cessasse, se avia de declarar tocar la succession à vno de sus hijos, por que en el tiempo que avia sido segundogenito avia formado linea para ellos, y que à lo menos Don Francisco su hijo segundo, debia succeder; pues en èl no se confundian los mayorazgos, ni se faltava à la voluntad del Fundador.

93 Y aunque se alegaron por el dicho Antonio, y sus hijos con grande exfuerço el logar del señor Larrea, Rojas, y Aguila, que cita Don Alonso en su informe, *num.* 92. y el del señor Molina que refiere Rojas, que todos ellos parece dàn à entender en la question de si el nieto segundo del hijo mayor ha de preferir al tio, ò hijo segundo: *Quod ideò frater debet præferre filijs primogeniti, quia nunquam pater illorum potuit admitti ad successionem*, que fue lo mismo que alegaron, Hispano sermone, ibi: *Lo otro, porque aviendo posseido mi parte el dicho mayorazgo* (idest de Arta Arespe) *constituyò linea para todos sus descendientes, la qual hasta que se evaque, no puede hazer transito à los siguientes llamados.*

94 *Sed his non obstantibus*, siendo testigo de vista el Abogado de Don Alonso, pues defendia à Lazaro, se decidiò à su favor, lo primero ante el Interior, despues por el señor Don Pedro Antonio de Medrano, siendo Juez Mayor de Vizcaya, y en la Sala de suplicacion por los señores Don Juan de Armenteros, Don Francisco de Olivares y Don Pedro Gamarra, de cuyo gran Magisterio, y erudicion no se pueden, ni deben arguir sus resoluciones de injustas, y de quienes podia dezir con mayor razon Seneca *Epist.* 79. *circa finem*, ibi: *Venient qui sine ofensa, sine gratia iudicent*. Estimandose en aquella carta executoria, que el tiempo

que posseyò Antonio el mayorazgo de Arta Arespe, no fue bastante para hazer linea segundogenita para sus hijos, y que por esta razon le tocava à Lazaro, *idest patruo.*

95 Otra decision semejante trae Aguila, *vbi suprà*, de la Chancilleria de Granada, en vn pleyto sobre el mayorazgo de los *Escobares de Truxillos*, no pudiendo menos de dezir, que semejantes decisiones, como de tan graves, y Supremos Tribunales, tienen fuerça de ley, *vt docet ex leg. filius emancipatus 14. ff. ad legem Corneliam de falsis*, ibi: *Sic in veni Senatum censuisse, leg. fin. Cod. de legibus, leg. 3. Cod. de edif. privat.* Guzman *de evict. quæst. 3. num. 4.* D. Valenç. *consil. 40. num. 55.*

96 *Ex dictis ergo infertur*, que no muda de especie el caso del primogenito, que nunca fue segundo, del segundogenito, que vino à ser primogenito, aunque se hallasse con hijos nacidos al tiempo que se subrogò en la primogenitura, y que en la decision del señor Larrea no se pueden arguir diversos casos, sino vna amplia, y absoluta determinacion para la controversia presente.

97 Y aunque se pondera tanto que es en proprios terminos el lugar de Aguila *part. 4. capit. 1. ex num. 10.* no tiene bien mirado nada que convenga con el de este pleyto, porque allì trata solamente de incompatibilidad personal, no real, y lineal, y en que està llamado el siguiente en grado, y no el segundo, y es principio seguro, y elemental distincion laq̃ ay entre vno, y otro caso, vt apud D. Larr. Rojas, D. Castill. & *alios suprà citatos passim invenitur.*

98 Y assi siempre quedan firmes las decisiones referidas sin cosa en contrario, por mas que quiera negarlo Don Alonso, huyendo el cuerpo à la dificultad, desde el *numer. 94.* donde se esfuerça en ponderar, que si ay alguna incompatibilidad, serà solo,

ne nomem, & arma confundantur; quando ay otras muchas que se deben presumir, vt docet Rojas *de incompatib. 1. part. cap. 5. num.* 34. y la principal que aqui se ha descubierto, ha sido, que el Fundador mirò, y atendiò à la linea segundogenita, por considerar yà acomodada la primogenita, con el mayorazgo del Tesorero Leon.

99 En el *num.* 99. para responder à el llamamiento literal, que reconoce en Don Geronimo, hecho por la comissaria, supone vn impossible, y le circunscrive à vn caso tan extraordinario, que jamàs llegaria à tener existencia; pues despues de contrariarse en el *num.* 100. con lo que avia dicho antes en favor de la libre, y absoluta facultad que tuvo la comissaria de hazer los llamamientos que quisiesse, dize: Que no llegò el caso de entrar Don Diego, num. 10. à vn mismo tiempo en ambos mayorazgos, por no aver muerto en vn dia, y en vn mismo punto de tiempo Don Pedro, y Don Iuan sus hermanos, como era necessario para verificarse su discurso, el qual, ademàs de no ser legal, es muy ageno de la buena fee que se debe professar en las defensas.

100 Porque no negamos, que Doña Ana en la clausula tercera, quando llamò à Don Geronimo, excluyendo à Don Alonso, vsò de estas palabras: *De manera, que à vn tiempo succeda en los dichos dos mayorazgos*; pero por esso se avrà de entender vna cosa tan irregular, como que precisamente avia de succeder à vn tiempo en ambos mayorazgos? Ademàs, que el verbo *succeder*, no solo explica el acto de entrar, sino tambien la aptitud de posseer: De suerte, que luego que muriò Don Iuan, numer. 8. legalmente se puede dezir aver sido el successor legitimo del mayorazgo de Ibayzabal, y de la misma forma por muerte de Don Pedro, aver succedido en el del Tesorero Leon, con que vino à vn mismo tiempo à succeder en ambos

mayorazgos, verificandose el caso que supone previno Doña Ana.

101 Y para el intento es tan proprio el lugar de Aguila, ad Rojas *dict.3.part.cap.5.numer.25.* que parece estava oyendo esta dificultad; pues satisface à ella con estas elegantissimas palabras: *Deinde facit, quod exclusio successoris alterius maioratus, ex sui natura comprehendit, non tantum actualem successorem, sed etiam habitualem; verbum enim successor, eum qui iam successit, vel qui est successurus comprehendit*, D.Molin.*lib.3.de primog.cap.6.numer.36. & sic vulgari significatione, vtrunque comprehenditur, quando diximus*, Pedro es successor de vn mayorazgo: *Quibus eum immediatum successorem, vel actualem significamus*, Casanate *consil.45. numer.155.& 150. &c.*

102 Con que todas las respuestas que se quieren dar à la siniestra inteligencia de la clausula, desde el *num.*100.quedan convençidas, y assi se tiene por ocioso darlas mas satisfacion.

103 En el *numer.*106. vsa Don Alonso de otra defensa, que es dezir: Que aunque Don Geronimo se halla llamado en caso de succeder Don Diego en ambos mayorazgos, no estàn excluidos sus hijos, y que por aver sido antecedentemente llamados especificamente deben succeder conforme à las doctrinas que trae el señor Don Iuan del Castillo *lib.3.cap.15.ex num.21.& tom.6.cap.118.*

104 Pero estas doctrinas no perjudican nada, y antes bien favorecen à Don Geronimo, porque hablan de incompatibilidad personal, *vt videri potest*, pues pone el caso quando el testador prohibiò el concurso de ambos mayorazgos en vna persona, no empero quando es lineal, real, y perpetua, como en nuestra disputa.

105 Y el primer fundamento de que se

vale, num. 108. retorquætur: *Quia excluso primogenito omnes ex eo descendentes, exclusi dicuntur; aliàs foret absurdum, qui vt primogenitus exclusus, nec lineam constituere possit, alijs præbeat, idest filijs suis, succedendi capacitatem, & lineam constituat. Quæ fuit ratio textus in dicto §. libertis, & verba.* D. Larrea *decis. 51. numer. 24. & rursus numer. 26. Tunc excluso primogenito, excluduntur eius filij, & descendentes.*

106 El segundo, *etiam retorquatur*, porque si excluyò Doña Ana, à Don Diego quando le considerò primogenito, sin embargo que estava llamado, y predilecto antes que sus hijos, en caso de ser segundo, y prefiriò à Don Geronimo, à fortiori le preferiria à los hijos de Don Diego.

107 El tercero, *num. 110. etiam retorquatur*, porque si hallandose Don Diego nacido, y aviendole tratado, y comunicado la comissaria, adhuc, le excluyò por dar lugar à Don Geronimo, que aun no avia nacido, no se puede presumir dexaria de excluir tambien à los hijos de Don Diego, *qui nec nati, nec ignoti erant testatrici.*

108 Respecto pues, *quod excluso primogenito, etiam filij exclusi censentur*, por mas que diga D. Alonso, que es independiente su llamamiento del de su padre, no podrà incluirse; porque solo tuviera lugar en caso de ser de linea segundogenita, *censentur enim omnes substitutiones factæ sub eadem formula, & forma data in prima substitutione, repetita censetur in substitutionibus. Leg. 1. Cod. de impuber. & alijs substit. leg. 3. in princip. ff. de fundo instruct. DD. in leg. cohæredi, §. qui discretas, ff. de vulgari, & pupillari.*

109 Y aunque Don Alonso no goze el mayorazgo del Thesorero Leon, y diga en el *num. 114.* que cessa en èl la causa; porque se excluyò à su padre,

tampoco sirve de impedimento, porque como *pluries diximus*, Doña Ana no añidiò nueva disposicion en este llamamiento, y solo explicò, y extendiò la fundacion que avia hecho su marido, *non novam speciem fecit, sed eam, quæ est detegit, vt verbis Consulti vtar. in leg. 7. §. 7. in fine, de A. R. D.* porque considerando que si Don Diego llegava à suceder en el mayorazgo de Leõ avia de ser primogenito, y que su marido avia querido acomodar, y que sucediessen en su mayorazgo los segundogenitos, passò à llamar à D. Geronimo. Y siempre el hecho del mandatario se debe presumir, y interpretar conforme al poder, y disposicion del mandante, *iuxta Leg. 3. §. verum, ff. de manumis. leg. qui in alienam, §. is qui putabat, ff. de adquirend. hæred. leg. pignori, §. fin. ff. de vsuc.* D. Vela *disertat. 38. num. 25. & 26.* D. Salgad. *de Reg. protect. 4. part. cap. 8. num. 290.* D. Molin. *lib. 2. de primog. cap. 7. num. 69.* D. Valençuel. *cons. 33. num. 99.* D. Castill. *lib. 4. controv. cap. 61. a numer. 10. & tom. 6. cap. 113. num. 33.*

110 Y es incierto que los hijos de Don Diego tengan separado llamamiento, pues solo le tienen *tanquam filij patris secundogeniti.* Y menos fundamẽto tiene suponer, que en este caso tenga lugar la condicion *si sine liberis*, aviendo, como ay distinctos, y discretos llamamientos, y que en vnos se hallan llamados los hijos, y en otros excluidos.

111 Vlterius, porque la condicion *si sine liberis*, solo tiene lugar *mortuo patre qui rogatus est restituere*; pero quando el padre, *etiam vivens*, se halla excluido, no se disputa de tal condicion, ni es questionable en este pleyto.

EXCLVSION, Y RESPVESTA A D. DIEGO.

112 El derecho de Don Diego queda desya-

vanecido del todo, con lo mismo que hemos excluido à Don Alonso su hermano, y con el brocardico, *si vinco vincentem, à fortiori vicam te*; con que està evidente la exclusion: Lo primero, por cócurrir en su persona la misma q̃ concurriò en su padre; pues no puede negar se halla primogenito, y sin la qualidad de segunda genitura, que es la que desearon de Juan de Ibayzabal, y su muger, por mas que solicite probar que esta excediò los limites del poder.

113 Lo segundo, por hallarse posseedor como tal primogenito del mayorazgo de Leon, cuyo cócurso està prohibido, *vt latè manet fundatum*, con el de Ibayzabal. Y asi por no molestar mas con lo dilatado deste informe; como porque todos sus reparos estan plenamente satisfechos por su hermano, y por Don Geronimo concluìmos esta tan ardua, y grave question, como pondera Rojas 7. *part. cap. 6. num.* 33. con este sylogismo.

114 Este mayorazgo es de segunda genitura, asi por el testamento de Juan de Ibayzabal, como por el de su muger, y incompatible, lineal, y realmente con el del Thesorero Leon: *Sed sic est*, que en este mayorazgo, ni Don Diego, num. 10. ni sus hijos primogenito, ò segundo pudieron suceder desde el punto, y instante en que se subrrogò por primogenito su padre. Luego: la sucesion tocarà à Don Geronimo Ponçe precisa, y necessariamente, sin que pueda tener ningun competidor.

115 Y sino se huviere acertado à probar el assumpto, no por esso puede faltar lo justificado de la pretension, *vt cum Quinto Curtio dicere audeam, lib.* 7. *Ut cumque succedat res, malo defensionem meam displicere, quam causam.* Y asi espera Don Geronimo se ha de deferir à su pretension, aunque sea sin novedad en los autos del processo, vt ait Plinius *lib. 6. Epistol.*

33.

53.ibi: *Secutus est varius eventus, nam duobus consilijs vicimus, totidem victissimus. Notabilis res, & mira eadem in causa, ijsdem Iudicibus, ijsdem Advocatis, eodem tempore diversitas accidit casu quidem; sed non vt casus videretur.* Salva semper in omnibus; D. V. D. C.

Doct. D. Agustin Francisco de Montiano;
Cathedratico de Digesto Viejo.